

University of Groningen

Noodweer(exces) oprekken tot immateriële rechten?

Kwakman, Nico

Published in:
Nederlands Juristenblad NJB

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Kwakman, N. (2014). Noodweer(exces) oprekken tot immateriële rechten? *Nederlands Juristenblad NJB*, jaargang 89(18), 1256-1257. [923].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Noodweer(exces) oprekken tot immateriële rechten?

N.J.M. Kwakman

Op het congres van donderdag 21 februari 2014 van de Groningse studievereniging voor strafrecht en criminologie 'Simon van der Aa', met als onderwerp: *de grens tussen noodweer en eigenrichting*, wierp één van de sprekers (Prof. A.J. Machielse) de volgende vraag op:

Is er niet iets voor te zeggen de rechtsgoederen (de rechtsbelangen) die worden bestreken door noodweer, uit te breiden met 'onstoffelijke rechten'?

Om de strekking en de reikwijdte van die vraag goed te kunnen begrijpen, moet eerst een enkel woord worden gewijd aan de huidige wetgeving en jurisprudentie met betrekking tot noodweer(exces).

Een belangrijke voorwaarde voor een succesvol beroep op noodweer(exces) is, dat de 'aanranding' waartegen men zich verdedigt, 'fysiek' van aard is: vereist is dat het strafbare feit dat in een noodweersituatie is begaan, was geboden door de noodzakelijke verdediging tegen een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding van '*eigen of andermans lijf, eerbaarheid (in lijfelijke, seksuele zin) en goed*' (art. 41lid 1 Sr).

En als de grenzen van deze noodzakelijke verdediging zijn overschreden is voorts nog een beroep op noodweerexcès mogelijk, mits de overschrijding het gevolg is van een hevige gemoedsbeweging die door de aanranding is veroorzaakt.

Even voorbij gaand aan de andere voorwaarden voor een succesvol beroep op noodweer(exces), kan dus worden vastgesteld dat 'immateriële rechten', zoals bijvoorbeeld het huisrecht, niet vallen onder de rechtsbelangen die door art. 41 worden beschermd. Zo kan de bewoner die op heterdaad een insluiper betrapt op huisvredebreuk (terwijl de insluiper nog geen aanstalten maakt om het lijf, de eerbaarheid of de goederen van de bewoner 'aan te randen') geen beroep doen op noodweer(exces) als hij de insluiper 'zijn huis uit mept' (in de woorden van minister president Rutte).¹

Dat leidt bij het gros van de burgers tot groot onbegrip en heeft in het verleden bovendien geresulteerd in verschillende pogingen van enkele Tweede Kamerleden om huisvredebreuk – indirect via 'creatieve constructies' – onder het bereik van art. 41 Sr te brengen. Dat zit zo: zoals bleek uit de overige voorwaarden voor een succesvol beroep op noodweer(exces), moet er sprake zijn van een 'ogenblikkelijke aanranding'. In de jurisprudentie is echter al lang geleden aanvaard dat ook een 'onmiddellijk dreigend gevaar' voor aanranding tot 'ogenblikkelijke aanranding' moet worden gerekend.² Als iemand overduidelijk aanstalten maakt een ander een klap te geven, hoeft het beoogde slachtoffer (of een derde) de klap niet af te wachten en mag de klap worden afgeweerd, zo nodig door middel van een 'geboden' strafbaar feit. In de 'constructie' die onder andere Teeven (toen nog Kamerlid) voor ogen stond, was huisvredebreuk een sterke objectieve indicatie voor 'onmiddellijk dreigend gevaar'. Een soort juridische fictie dus.

Het voorstel is nooit behandeld door het parlement, en dat is, als het aan Machielse ligt, eigenlijk ook niet meer nodig. Als inbreuken op immateriële rechten expliciet door de wetgever onder het bereik worden gebracht van art. 41Sr, zijn 'creatieve constructies' op dit vlak verleden tijd.

¹ Zie N.J.M. Kwakman, 'Noodweer(exces) en burgerarrest: complementaire voorzieningen' in *NJB* 13-01-2012, afl. 02, p. 116-119.

² Vgl. HR 23 oktober 1984, NJ 1986, 56 (Bijlmer schietpartij).

Eerder heb ik zelf al eens betoogd dat dergelijke creatieve constructies helemaal niet nodig zijn (nog afgezien van de vraag of ze ook wenselijk zijn), mits meer en beter gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die ons huidige recht nu al biedt. Daarin schemert meteen al door dat ik evenmin veel heil zie in het uitbreiden van de rechtsbelangen die onder het bereik van noodweer(exces) vallen, met immateriële rechten.

Want, als ik een gewaardeerd iemand mag citeren: als je iets nieuws wilt kopen, kijk dan eerst even in je kast of je het al hebt.

Wat betreft huisvredebreuk heb ik het destijds over de band gespeeld van een combinatie van burgerarrest en noodweer(exces),³ met als vangnet ‘overmacht-noodtoestand’ (een conflict van rechtsbelangen waaruit de juiste keuze wordt gemaakt) of psychische overmacht (een door externe factoren veroorzaakte drang waaraan men geen weerstand hoefde te bieden). Kern van het verhaal was, dat de bewoner die op heterdaad iemand betrapt op huisvredebreuk, verschillende mogelijkheden ter beschikking staan: hij kan de insluiper zo nodig met gepast geweld aanhouden en hem enige tijd vast houden om hem over te dragen aan de (zo spoedig mogelijk in te schakelen) politie. Immers, elke burger kan bij ontdekking op heterdaad van enig strafbaar feit (dus ook huisvredebreuk) de verdachte aanhouden en overdragen aan de politie (art. 53 Sv). De straffeloosheid met betrekking tot het ‘gepast geweld’ kan overigens niet worden ontleend aan de rechtvaardigingsgrond ‘voldoen aan een wettelijk voorschrift’, want voor de burger levert dit artikel geen ‘wettelijke plicht’ op, maar slechts een bevoegdheid. Echter, linksom of rechtsom (via overmacht-noodtoestand, psychische overmacht of via een ongeschreven rechtvaardigingsgrond) is ondenkbaar dat het ‘gepast geweld’ in dergelijke gevallen als wederrechtelijk wordt beoordeeld. Dat geldt ook als de bewoner er niet voor kiest de insluiper aan te houden, maar hem ‘met zachte drang’ zijn woning uit te werken. Ook in dat geval zal het ‘gepast geweld’ niet snel wederrechtelijk worden geacht.

In beide varianten is het denkbaar dat de insluiper zich hevig verzet tegen de aanhouding en/of tegen het ‘gepast geweld’. Aangezien het gepast geweld van de bewoner geen wederrechtelijke aanranding jegens de insluiper oplevert (zie de overige hierboven opgesomde voorwaarden voor een succesvol beroep op noodweer(exces)), kan de insluiper – als hij zich op zijn beurt met geweld verzet tegen de aanhouding – geen beroep doen op noodweer(exces). Als zijn hevige verzet onttaardt in een aanranding jegens de bewoner, is die aanranding dus wederrechtelijk en kan de bewoners zich daartegen – desnoods door middel van geweld of een ander strafbaar feit – verweren en wel een beroep doen op noodweer(exces).

Als gezegd: de strafuitsluitingsgronden overmacht-noodtoestand en psychische overmacht kunnen in dergelijke gevallen als vangnet dienen.

Naast huisvredebreuk valt nog te denken aan tal van andere ‘aanrandingen’ van (of anders gezegd: van inbreuken op) onstoffelijke rechten en vrijheden, zoals smaad, belediging, inbreuken op de ‘geestelijke’ eerbaarheid, door bijvoorbeeld compromitterende foto’s of filmpjes op internet te plaatsen, etc.

Burgerarrest is ook die gevallen alleen mogelijk als het delict, of een strafbare poging daartoe, dan wel een strafbare voorbereiding daarvan, daadwerkelijk al is of wordt gepleegd. Probleem bij dit soort inbreuken op immateriële rechten is dat het voor het potentiële slachtoffer dan meestal al te laat is. Want dat is er nu juist bij gebaat dat de inbreuk op bijvoorbeeld de eerbaarheid (het plaatsen van compromitterende foto’s op internet) wordt voorkomen.

³ Kwakman, a.w. 2012. Zie voorts: <http://nicokwakman.blogspot.nl/2011/11/noodweer-en-noodweereexces-een-schema.html>

Ook in dit soort gevallen zijn ‘creatieve constructies’ denkbaar. Zo zou een oplossing gezocht kunnen worden in het (door de wetgever of in de rechtspraak) oprekken van de strafbaarheid in de voorfase van delicten, zoals het verruimen van de gevallen die vallen onder strafbare voorbereiding, poging, samenspanning, gevaarzetting, etc.: de zgn. *‘Vorfeldkriminalisierung’*. Zodat ook in die gevallen burgerarrest tot de mogelijkheden zou behoren.

Maar dat alles lijkt voorlopig nog een brug te ver, ook al verschuift het accent in het strafrecht de laatste tijd steeds meer van ‘re-actief’ optreden naar ‘pro-actief’ (preventief) optreden.

Zo bezien is er dus inderdaad wel wat voor te zeggen inbreuken op (bijvoorbeeld) de ‘onstoffelijke eerbaarheid’ onder de reikwijdte van noodweer(exces) te brengen. Immers, dat zou met zich meebrengen dat het slachtoffer zich tevens kan verdedigen tegen ‘een onmiddellijk dreigend gevaar’ voor een inbreuk op zijn/haar geestelijke integriteit. De vraag is dan nog wel hoe moet worden vastgesteld wanneer is er in dergelijke gevallen sprake van een onmiddellijk dreigend gevaar. Moet elke rechtsgenoot (de gemiddelde burger) uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen van de potentiële ‘aanrander’ objectief kunnen afleiden dat er een inbreuk op de geestelijke integriteit op handen is (zoals bij een ‘fysieke aanranding’ meestal wel mogelijk is)? Of moeten we dan maar aanvaarden dat we meer toe moeten naar de subjectieve ‘redelijke vrees’ van het potentiële slachtoffer, zoals de VS die kennen, ook al hebben wij in ons stelsel de ‘enkele vrees’ voor een aanranding als rechtvaardigingsgrond voor een verdediging op voorhand tot nu toe altijd (min of meer) afgewezen?

Maar afgezien daarvan is het ook hier nog maar helemaal de vraag of een dergelijke ‘tournure’ eigenlijk wel echt nodig is. Niet dat daarmee de problemen met het vaststellen van het ‘onmiddellijk dreigend gevaar’ de wereld uit zijn, maar zou er ook hier niet veel meer voor te zeggen zijn de huidige strafrechtelijke alternatieven waarover we in dit verband al beschikken, beter te benutten?

Zo kan de rechtvaardigingsgrond overmacht-noodtoestand ook in dit verband goede diensten bewijzen. Het belang om een bepaald strafbaar feit te voorkomen (zoals een dreigende ernstige inbreuk op de geestelijke integriteit) kan zwaar genoeg wegen om de overtreding van bepaalde strafbepalingen te rechtvaardigen, bijvoorbeeld het afpakken van het fototoestel waarop de foto's staan die op internet dreigen te worden gezet.

En als het vermeende slachtoffer achteraf gezien onterecht ‘onmiddellijk dreigend gevaar’ voor een inbreuk op een onstoffelijk recht heeft aangenomen, zou dat in de sleutel kunnen worden gezet van ‘putatieve overmacht-noodtoestand’: een verschoonbare, verontschuldgbare dwaling met betrekking tot het onmiddellijk dreigende gevaar dat er feitelijk helemaal niet was.

Naast (al dan niet putatieve) overmacht-noodtoestand, behoort ook hier psychische overmacht nog tot de mogelijkheden.

Waarmee maar gezegd wil zijn dat het huidige straf(proces)recht ook op dit vlak niet voor één gat is te vangen.

Het zij nog maar eens herhaald: voor je iets nieuws koopt, eerst maar even in de kast kijken of je het al hebt.

Tot slot:

Bij dit alles spreekt het eigenlijk vanzelf dat het strafrecht ook in dit soort zaken als ‘ultimum remedium’ moet worden beschouwd. Het verdient steeds de voorkeur om (ook) kwesties als dreigende inbreuken op onstoffelijke rechten, buiten het strafrecht om op te lossen.

En evenals het verstandig is om bij een inbraak – indien mogelijk – de confrontatie met de inbreker uit de weg te gaan, moet ook bij dit soort kwesties alles in het werk worden gesteld om (liefst buiten het strafrecht om) verdere escalatie te voorkomen.